

PORTAR EL *TRUST* ALLÀ ON NO POT ANAR (SIMULACIONS, CEGUESA, CREU ROJA I FORAT NEGRE)

Gerwyn Ll. H. Griffiths

Professor d'*equity* i dret patrimonial
Universitat de Glamorgan (Regne Unit)

1. INTRODUCCIÓ. UN CONCEPTE EQUIVOCAT?

Quan es pretén convèncer els advocats del *civil law* de la bellesa i la utilitat d'un *trust*, els juristes del *common law* s'aprofiten al màxim de la seva flexibilitat i la seva natura fiduciària.¹ No obstant això, d'acord amb la doctrina del 2002,² el jutge d'apel·lació anglès, lord Millett, va dir que, encara que originalment el *trust* s'hagués considerat un dels millors regals del dret consuetudinari per al pensament jurídic, en les aproximacions del segle XX:

Com Odisseus i Aeneas, va descendir a l'infern. Conjuntament amb la companyia fiduciària (*nominee company*) i el compte bancari a l'estranger (*offshore*), era utilitzat pels estafadors, els traficants de drogues i els evasors d'impostos internacionals per a blanquejar guanys i ocultar l'origen i la titularitat dels seus diners.

Això, tal com se suggereix, sovint pot arribar a ser una visió amarga, encara que no ho és tant si se centra en la forma més estrangera o internacional del *trust*.³

1. Per a un exemple modern, vegeu D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN i H. L. E. VERHAGEN (ed.), *Principles of European Trust Law*, La Haia, Kluwer/Tjeen Willink, 1999, p. 3-9.

2. En el prefaci del llibre d'incalculable valor de James WADHAM'S *Willoughby's Misplaced Trust*, 2a ed., 2002.

3. Com a objectiu, aquest article pretén definir un *trust* estranger amb les característiques següents: el beneficiari està domiciliat en una jurisdicció diferent de la dels fiduciaris i d'allà on està situada la propietat del *trust*, la jurisdicció, o *lei aplicable*, que regeix el *trust* comporta molts avantatges fiscals i dóna un alt grau de confidencialitat.

No obstant això, els comentaris de l'honorable lord plantegen la qüestió següent: què es pot esperar, legítimament parlant, d'un *trust*, i com es pot dur a terme sense anar a parar a les aigües enterbolides de les quals adverteix el lord.

La idea bàsica d'aquest article és, doncs, el concepte que es té (o potser el concepte equivocat que es té) d'allò que es pot aconseguir d'un *trust* —fins a quin punt es pot arribar a una confidencialitat, mobilitat i flexibilitat raonables i també com un constituent, després d'haver cedit la seva titularitat a canvi d'uns avantatges fiscals, encara pot exercir el seu control o la seva influència— i al mateix temps ser només un *trust* (anomenat moltes vegades *trust simulat*).⁴

2. RECORDATORI. ELS REQUISITS PER A UN *TRUST*⁵ EXPRÉS PRIVAT I VÀLID

Si un *trust* ha de ser un *trust* vàlid, aleshores l'ha de crear un constituent que tingui capacitat jurídica, bé declarant-se fiduciari de béns que anteriorment posseïa en la seva totalitat, bé, com succeeix més sovint, mitjançant la transferència d'aquests béns a una altra persona o a altres persones perquè actuïn com a fiduciaris. Si s'ha d'efectuar aquesta transferència o declaració i s'ha de constituir completament el *trust*, s'ha de fer de manera apropiada i, com a conseqüència de la «norma dels tres principis»,⁶ s'han de definir suficientment els béns, els objectes i la intenció.

Com a objectiu d'aquest article, l'últim dels principis mencionats anteriorment —principi de la certesa de la intenció— té una importància vital. És a dir, la intenció del constituent ha de ser formar un *trust* i no altres figures legals, i és axiomàtic que una característica principal del *trust* és que, des del moment en què es constitueix, els béns del *trust* passen a pertànyer als fiduciaris i aquests els han de gestionar a favor dels beneficiaris, i el constituent, jurídicament parlant, deixa de participar en aquest afer en aquest moment.

4. He evitat expressament l'ús d'aquesta expressió en el meu títol perquè, si les condicions de l'acord són aquestes, en realitat no posseeix les característiques essencials necessàries per a ser un *trust*, i aleshores segurament és, des d'un principi, invàlid, i mai no és un *trust*. La utilització del terme *trust simulat* em sembla que almenys expressa que es tracta d'un *trust*, encara que d'un tipus concret. Per aquesta raó, prefereixo utilitzar el terme *simulació* a l'expressió *trust simulat*.

5. Vegeu, amb caràcter general, G. THOMAS i A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 55-153.

6. *Knight vs. Knight* (1840), 3Beav., p. 148.

3. QUIN ÉS EL PITJOR DELS CASOS? TRUSTS CECS,⁷ DE LA CREU ROJA O DEL FORAT NEGRE⁸

Un cop establertes les condicions i les característiques del *trust* privat i vàlid, fixem-nos en la situació següent. Un constituent desitja constituir un *trust* i ho fa degudament mitjançant la transferència de fons a fiduciaris que resideixen en una altra jurisdicció. Aleshores aquests fiduciaris fan una declaració fiduciària en relació amb els fons que conté els termes següents: els fiduciaris són titulars dels fons del *trust* i destinaran, discrecionalment, qualsevol quantitat o capital a favor de la Creu Roja (que de fet no està informada que és un dels beneficiaris). Queda reservada també una facultat per al constituent segons la qual aquest podrà, discrecionalment, nomenar o especificar altres beneficiaris.

De fet, els pagaments només es fan mitjançant xecs procedents del compte del *trust* i els fiduciaris els envien regularment al constituent com a resposta a la seva petició de fons.

4. SIMULACIONS⁹ I LA SENTÈNCIA RAHMAN

Per a un novell, els fets anteriors poden semblar extrems, per la qual cosa argumentaria que, si una persona ha de ser fiduciària, el sentit comú i la llei troben essencial que el constituent hagi tingut la intenció de transferir els béns conformement a la manera prescrita per la llei i que ho hagi portat a terme amb el control dels béns pertinents. Una cosa tan òbvia i simple no s'ha fet aquí.

Tot i que els fets poden arribar a ser extrems, no són de cap manera desconeguts ni impossibles. L'ús del concepte ha augmentat notablement els últims anys i té els orígens en el cas del tribunal de Jersey del 1991. Va ser la sentència *Rahman vs. Chase Bank Trust Company (CI) Ltd.*,¹⁰ i l'hem de tenir en compte a causa del seu paper rellevant.

7. En aquest context, força diferent de l'altre ús del terme a través del qual el treball dels polítics es basa per a un *trust*, on no tenen control ni coneixements de la funció dels béns en qüestió. Vegeu OAKLEY, *Parker and Mellows' Modern Law of Trusts*, 8a ed., Londres, Sweet and Maxwell, 2003, p. 54.

8. Trobareu més informació útil a *The Edwards Report 1998* (vegeu «Isle of Man, Guernsey and Jersey») i a *The KPMG Report 2000* (un nombre de jurisdiccions caribenyes). L'OCDE també va observar aquest fet al 1998 i al 2001.

9. Vegeu J. WADHAM'S *Willoughby's Misplaced Trust*, p. 1-19.

10. La reacció d'un nombre de jurisdiccions de l'estranger (p. ex., les illes Caiman, les illes Bahames i les illes Cook) va ser promulgar una legislació que permetés als constituents no només

El tema en qüestió era aparentment un *trust inter vivos* i discrecional creat pel senyor Rahman, amb el qual transferia els béns als seus fiduciaris. No obstant això, un lectura exhaustiva de l'escriptura de constitució va revelar que contenia un nombre d'estipulacions que implicaven un alt grau de control pel senyor Rahman. En concret, el senyor Rahman podia dirigir els fiduciaris no només en relació amb l'administració del *trust*, sinó també en la manera en què invertien i distribuïen tant el capital com els ingressos. A més a més, el senyor Rahman havia exercit regularment aquest control.

Quan la seva dona, que no formava part dels beneficiaris, va qüestionar la validesa del *trust*, el Tribunal Reial de Jersey li va donar la raó i va defensar que en realitat només era una ficció per mitjà de la qual el senyor Rahman gestionava els béns com si fossin seus, mentre que el fiduciari tan sols era un agent.

6. SIMULACIONS FORMALS I SIMULACIONS ADMINISTRATIVES

Podem dividir les simulacions o pretensions en dues categories (encara que cal assenyalar que no s'exclouen ni coincideixen recíprocament): les simulacions formals i les simulacions administratives.

6.1. LES SIMULACIONS FORMALS

Una simulació formal és molt semblant a la situació del senyor Rahman: l'escriptura del *trust* dona al constituent un gran nivell o grau de control sobre els béns fiduciaris. En realitat, la manera en què es redacta l'escriptura del *trust* atorga als fiduciaris un poder fiduciari molt limitat; això vol dir que la funció dels fiduciaris és la d'uns simples designats i que, com a fiduciaris, gairebé no tenen independència. Com a regla general, com més alt és el nivell de control que manté el constituent, més gran és la possibilitat que un *trust* sigui considerat una simulació.

mantenir, posseir o adquirir sèries completes de poders, sinó també poder demanar el seu consentiment abans que els fiduciaris portessin a terme certes accions o abstencions. Aquesta legislació funcionarà clarament en els tribunals de la jurisdicció en qüestió, però no es pot garantir que funcioni si es qüestiona la validesa del *trust* en un altre lloc. Vegeu també la sentència del cas *Midland Bank vs. Wyatt* (1995), 1 FLR 696.

Potser una bona manera d'il·lustrar o de caracteritzar una simulació formal seria la següent: en les jurisdiccions on s'ha promulgat una legislació per a prevenir la formació independent de simulacions, un constituent pot legítimament retenir poders per a fer coses com ara variar o esmenar l'escriptura fiduciària, canviar la llei aplicable del *trust*, nomenar o cessar fiduciaris, dirigir-los en les inversions que realitzin i remarcar que consent qualsevol altre poder que els fiduciaris puguin tenir. En el que podríem anomenar una *jurisdicció normal*, la presència de totes o la majoria d'aquestes estipulacions possibilitaria que el *trust* es considerés una simulació.

6.2. LES SIMULACIONS ADMINISTRATIVES

En una simulació administrativa, el problema no és la creació d'un *trust*, sinó la manera inadequada en què aquest s'administra realment (per aquesta raó, de vegades també s'anomenen *simulacions substantives*).

La característica corresponent d'aquest tipus de simulació és que durant la lectura de l'escriptura fiduciària no es revelarà cap problema —aparentment, els fiduciaris tindran la titularitat legal i podran dur a terme les funcions fiduciàries a favor dels beneficiaris. Ara bé, quan analitzem com s'administra el *trust* en la pràctica, veiem que el control roman en el constituent i que aquest és qui realment pren les decisions sobre aspectes com ara les inversions i les distribucions del capital o dels ingressos.

7. UNA SIMULACIÓ. I QUÈ?

El fet que un tribunal declari que un *trust* és de fet una simulació, pot tenir unes conseqüències molt àmplies per al constituent, els fiduciaris i els seus consellers, i per als beneficiaris. La principal repercussió d'aquest fet es pot resumir de la manera següent: la propietat retorna al constituent i als seus hereus amb el resultat inevitable de l'obligació de pagar un augment dels impostos de successió o similars, ja que, des d'un principi, s'anul·la el *trust* perquè mai no va existir i es considera que el fiduciari ha gestionat els fons en un *trust* inexistent per al constituent. Una vegada més, ens trobem amb importants implicacions respecte als impostos aplicables als ingressos i al capital guanyat; tots els fons distribuïts als beneficiaris es classificaran com a transferències il·lícites i es podran recuperar, els fiduciaris hauran de retornar els honoraris guanyats i es podrà requerir als fiduciaris el pagament de totes les despeses produïdes en la formació

del *trust*. Finalment, però cosa no menys important, es danyarà notablement la reputació del fiduciari.

8. PROCEDIMENTS D'EVITACIÓ

Amb la finalitat d'evitar involucrar-se en una simulació o en la seva administració, s'hauran de tenir en compte les estratègies següents.

Cal explicar al constituent de forma clara i acurada les característiques d'un *trust* i les funcions i responsabilitats del fiduciari (potser prestant una atenció especial als poders de disposició si el *trust*, com pot ben ser el cas, és discrecional).

Preparar un esborrany de l'escriptura del *trust* per al constituent i utilitzar-la com a base de les negociacions prèvies és una forma útil d'actuar, particularment si després es demana al constituent que firmi un document on garanteixi que ha llegit i entès el document.

Si el fiduciari es troba en una situació en la qual un membre de la família immediata del constituent queda exclòs o té possibilitats d'obtenir una rendibilitat baixa, podria ser d'utilitat comentar-ho amb tacte amb el constituent i confirmar les seves intencions. Si hi ha un conflicte familiar o hi ha possibilitats que n'hi hagi un, almenys s'hauria d'avisar el fiduciari.

La situació que s'ha d'aconseguir és aquella en la qual els fiduciaris tinguin poders suficients per a gestionar els béns del *trust* i ho puguin fer amb la intervenció mínima del constituent; alhora, els constituents poden deixar constància de la seva voluntat als fiduciaris (per exemple, una carta d'intencions).

Els fiduciaris han de prendre decisions basant-se en la informació donada i considerant suficientment tots els fets i les informacions rellevants.

9. CARTES DE VOLUNTAT

Una característica comuna de la simulació és que el constituent intenta conservar un element de control significatiu sobre el *trust* i la seva gestió per part dels fiduciaris. Això ens condueix lògicament a la qüestió de com i fins a quin punt es pot aconseguir sense que sorgeixi l'al·legació de simulació.

Sens dubte, no hi ha res que impedeixi al constituent designar-se ell mateix un dels fiduciaris del *trust*, fet que no és estrany en alguns casos (encara que pot arribar a ser problemàtic si les autoritats fiscals pertinents argumenten que fent-ho encara reté massa control sobre els béns).

Dues maneres de continuar exercint un grau de control —encara que sigui d'una manera menys directa— són el recurs a la carta de voluntat i la designació d'un protector del *trust*. Les tractarem a continuació, començant per la carta de voluntat.

Com suggereix el seu mateix nom, aquests documents són independents dels documents formals del *trust* i, encara que exposen la voluntat del constituent, els beneficiaris no estan autoritzats a veure'ls¹¹ i no són vinculants per als fiduciaris,¹² els quals són lliures de seguir-los, guiar-se per aquests o ignorar-los totalment.

La bona pràctica del fiduciari implica que el constituent estigui força informat, i aquest ha d'entendre que els fiduciaris no estan obligats a complir la seva voluntat.

Si qualsevol de les parts involucrades en la formació del *trust* intentés que la carta fos vinculant, en molts casos el resultat inevitable seria que aquestes condicions s'incorporarien a l'escriptura fiduciària o que es considerarien com la creació d'un *trust* independent. D'aquesta manera, es crearia un *trust* fix amb la possibilitat d'àmplies conseqüències fiscals.

Per a evitar això, és freqüent que la carta inclogui una provisió expressa sobre la seva naturalesa no vinculant i que hi hagi alguns dies de diferència entre la creació del *trust* i la signatura de la carta, per a evitar qualsevol reclamació que l'escriptura fiduciària i la carta de voluntat s'haguessin llegit alhora.

10. ELS PROTECTORS DEL TRUST¹³

La segona manera d'obtenir un cert grau de control és mitjançant la designació d'un protector en l'escriptura fiduciària.

10.1. UNA TERCERA PART EXECUTADORA

L'expressió *protector del trust* prové d'una antiga institució anglesa de la Fines and Recoveries Act de 1833 (Llei de multes i recobraments de 1833),

11. Hartigan Nominees Pty. Ltd *vs.* Rydge (1992), NSWLR 405 (resolució del Tribunal d'Apel·lacions).

12. Bank of Nova Scotia Trust Co. (Bahamas) *v.* Ricart de Barletta (1985), 1 Butterworths Offshore Service 5, p. 8-9.

13. WATERS, «The Protector - New Wine in Old Bottles?», a OAKLEY (ed.), *Trends in Contemporary Trust Law*, 1996, p. 63-122.

però en el sentit modern el càrrec o la funció del protector (també s'anomena *executor* o *persona que nomena*) és el d'una tercera part (en el sentit que no és ni el fiduciari ni el beneficiari del *trust*) nomenada pel constituent per a dirigir o controlar els fiduciaris en l'exercici dels seus poders de la manera que ell vulgui.

10.2. PER QUÈ CAL NOMENAR UN PROTECTOR?

Hi ha múltiples raons per les quals un constituent pot desitjar fer aquest nomenament, incloent-hi el reassurament que comporta saber que hi ha algú comprovant que els fiduciaris exerceixen el seu poder adequadament. El fet que el protector pugui tenir uns coneixements personals detallats sobre el constituent, la seva família i les seves circumstàncies, que utilitzen els fiduciaris per a prendre decisions, fa que pugui actuar com a principal canal de comunicació entre fiduciaris i beneficiari. En nomenar aquesta persona, es pretén (encara que no s'assegura) que els fiduciaris prestin atenció a la voluntat del constituent.

No obstant això, les raons que s'acaben d'exposar també revelen per què, almenys actualment, els protectors són més freqüents en els *trusts* en els quals el constituent i els fiduciaris resideixen en jurisdiccions diferents. És força simple: si totes les parts són a la mateixa jurisdicció, llavors el constituent també pot aconseguir tots aquests objectius si coneix i probablement té contacte freqüent amb els fiduciaris que ha escollit.

10.3. L'ORIGEN DE L'AUTORITAT DEL PROTECTOR

Si una jurisdicció¹⁴ té una legislació específica sobre els protectors, és clar que aquesta establirà i regirà l'àmbit dels seus poders i les seves responsabilitats; però si, com és el cas de molts països, incloent-hi el Regne Unit, no hi ha aquest marc legal, la posició i l'abast de l'activitat dels protectors s'establirà i es regirà per les condicions de l'escriptura fiduciària. Aquest principi queda establert clarament en dues decisions destacades, les dels processos següents: *Von Knierem vs. Bermuda Trust Company*¹⁵ i *Steele vs. Paz*.¹⁶

14. Per exemple, Jersey, les illes Caiman, Belice i les illes Cook, entre d'altres.

15. *Butterworths Offshore Cases and Materials*, 116 (1994).

16. *Butterworths Offshore Cases and Materials*, 338 (1995).

11. PODERS QUE S'ATORGUEN NORMALMENT AL PROTECTOR. FACULTATS MÍNIMES O MÉS ÀMPLIES?

Si el constituent nomena un protector, en alguns casos li pot atorgar unes facultats expresses mínimes. Normalment, aquestes facultats inclouen la supressió de fiduciaris i el nomenament de substituïts, el canvi de jurisdicció que regeix el *trust* i l'obtenció d'informació amb relació a com gestionen el *trust* els fiduciaris. En aquest tipus de situació, el protector desenvoluparà un paper semblant al d'un substituït: estarà disponible si alguna cosa va malament, però normalment no estarà involucrat en la gestió diària del *trust*.

En alguns *trusts*, particularment en els *trusts* no residents,¹⁷ el protector pot tenir poders més amplis, particularment en relació amb la seva capacitat de dirigir els fiduciaris per a exercir qualsevol dels seus poders o de tenir un poder ampli de vet o d'aprovació abans que els puguin exercir. Per descomptat, la primera qüestió és que aquestes disposicions semblen crear una situació en la qual el protector exerceix els poders atorgats normalment als fiduciaris, amb tots els perills que això implica.

De fet, la tendència actual en la majoria de jurisdiccions és distingir les dues situacions, perquè, en atorgar al protector uns poders amplis per a dirigir o ordenar els fiduciaris, particularment en relació amb operacions amb els béns del *trust*, pot ser fàcilment que se'l tracti com a fiduciari¹⁸ en qüestions fiscals. D'altra banda, atorgar-li els mínims poders, a més de la seva capacitat per a aprovar o vetar en circumstàncies específiques, generalment no té aquests efectes.

12. LA CONDICIÓN DE PROTECTOR

El constituent designa un protector amb la intenció que supervisi els fiduciaris i salvaguardi els béns de pèrdues que podrien causar un incompliment del *trust*. Per tant, la pregunta que es planteja és (particularment en aquest context en el qual es considera com pot el constituent continuar exercint un grau de control sobre els fiduciaris): a qui deu un protector la seva fidelitat —al constituent que el va designar o als beneficiaris els interessos i les pretensions dels quals ha de *protegir* (en relació amb els quals estaria en una situació fiduciària).

17. Aquest terme, per a designar una situació en la qual el constituent, els beneficiaris i els fiduciaris no han de compartir obligatòriament la mateixa jurisdicció, s'utilitza en comptes del de *offshore* amb algunes de les recents implicacions negatives.

18. No obstant això, *de facto* i no *de iure*.

La resposta (almenys d'acord amb la majoria) és que depèn del que els tribunals considerin que va ser el motiu de la seva designació. Això també pot dependre de si el protector també és un beneficiari del mateix *trust*.

Si ho és, llavors els poders que se li han atorgat tenen la finalitat de protegir els seus propis interessos, cosa que significa que sempre que no hi hagi cap incorrecció o corrupció pot exercir els seus poders de qualsevol manera que consideri apropiada i sense que s'hagi de sotmetre als altres beneficiaris.

Si no és un beneficiari del *trust* en qüestió, llavors s'assumeix raonablement que ha estat designat per a salvaguardar els interessos de tots els beneficiaris, i en exercir qualsevol facultat atorgada, ho ha de fer de manera fiduciària —és a dir, seguint els millors interessos per a tots els beneficiaris.

12. CONCLUSIÓ

Si el fiduciari vol evitar reclamacions de simulació, amb les conseqüències d'invalidesa del pretès *trust* i les conseqüències significatives d'aquesta resolució, llavors és essencial que des del començament deixi clar al possible constituent el que pot fer i el que no pot fer el *trust* com a vehicle de propietat i planificació de béns, ja sigui personal o comercial. Es tracta d'un procés que s'inicia quan es forma el *trust*.

També és molt important que el fiduciari respecti els principis fonamentals del seu càrrec. És a dir, que en formar el *trust* se li transfereixin els béns de la manera adequada i ell en conservi el control, acati les condicions de l'escriptura fiduciària —que no ha de ser una simulació— i exerceixi els poders i les obligacions de manera independent i beneficiant els beneficiaris.